El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 1 de agosto de 2019.

Radicación No: 66001-31-05-004-2018-00052-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Yuri Adriana Amaya Uribe

Demandado: Telemark SapainS.L. Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira.

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / SALARIO / DEFINICIÓN LEGAL / PAGOS QUE NO LO CONSTITUYEN / LA BONIFICACIÓN POR ASISTENCIA AL LUGAR DE TRABAJO CONSTITUYE FACTOR SALARIAL / INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO INCLUIRLA EN LA LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES.**

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 CST, modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, es salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

Salario, no es pues otra cosa, que el pago que se le hace al trabajador por el servicio que prestó y, está integrado, por todos aquellos pagos que busquen recompensar ese servicio de manera habitual. (…)

A su turno, el artículo 128 ibídem establece que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones…

… al estimularse tal asistencia a las instalaciones de la empleadora a fin de que la trabajadora prestara el servicio de manera personal, con el reconocimiento adicional al salario mínimo, de una suma de $100.000, esta suma estaba destinada a retribuir directamente el servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se hubiere adoptado, tal cual lo prevé el comentado artículo 127 C.L. (…)

En cuanto a la indemnización moratoria a la que accedió el a-quo, vale puntualizar de la mano de la jurisprudencia consolidada del órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal sanción no surge al mundo jurídico de manera automática ni inexorable, puesto que no basta con la contemplación objetiva de las acreencias laborales, sino que dentro de su análisis ha de contemplarse las razones subjetivas, serias, razonables y atendibles, que justifiquen el obrar omiso del obligado, sin que su simple afirmación de creer estar actuando conforme a derecho sea suficiente para exonerarse de su imposición.

En el caso puntual, la sociedad demandada argumentó en su defensa, que el mentado bono de asistencia tenía como finalidad contribuir en los gastos de desplazamiento de la actora, afirmación que como se anunció precedentemente, quedó desvirtuada con los propios dichos de la representante legal y de la deponente escuchada en el curso del proceso, sin que se adujeran otras explicaciones que aunque equivocadas, permitieran denotar su buena fe...

**ACLARACIÓN DE VOTO: DOCTORA OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Con el debido respecto, se hace necesario aclarar mi voto, por cuanto si bien estoy de acuerdo con la decisión de confirmar la decisión al constituir salario la bonificación por asistencia, solo comparto uno de los argumentos, concretamente por retribuir ese pago la fuerza laboral del actor; siendo innecesario hacer mención a los eventos en que procede la desalarización de que trata el artículo 128 del CST por no acreditarse que existió ese pacto en este asunto.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

En Pereira, hoy primero (01) de agosto de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia las magistradas y el suscrito magistrado de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, declaran formalmente abierto el acto, para desatar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda dentro del proceso ordinario promovido por **Yuri Adriana Amaya Uribe** contra la sociedad  **Telemark Spain S.L. Sucursal Colombia Zona Franca Especial Permanente.**

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***INTRODUCCIÓN***

Pretende la demandante se declare que el bono de asistencia que percibió durante toda la relación laboral que sostuvo con la sociedad Telemark Spain SL como propietaria de la Sucursal Zona Franca Permanente Especial ubicada en Pereira, constituye factor salarial, y en consecuencia, se condene a dicha entidad a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema pensional, y a pagar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, más las costas procesales a su favor.

Como sustento a sus pedimentos, expone que prestó sus servicios a través de un contrato de trabajo desde noviembre de 2010 hasta agosto de 2015, devengando 1 SMLMV más un bono de asistencia por valor de $100.000, que era cancelado a quien no tuviera inasistencias durante el periodo a pagar; que a pesar de remunerarse con ese bono de asistencia el propio servicio, la accionada no lo tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, durante la vigencia del contrato de trabajo.

 Admitida la demanda, la entidad accionada contestó a través de su portavoz judicial, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que el bono de asistencia que le era cancelado se otorgó en forma libre y voluntaria y en ningún momento estuvo sujeto a factores de rendimiento o cumplimiento. En su defensa, propuso como excepciones de fondo “Inexistencia de las obligaciones”, “Cobro de lo no debido” y “Buena fe”.

En audiencia de que trata el artículo 77 del Estatuto Adjetivo Laboral el juzgado de conocimiento tomó medidas de saneamiento, en el sentido de indicar que la persona jurídica que debía ser demandada era la sociedad extranjera, y no la sucursal, en razón a que esta carece de personería jurídica para actuar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58 CGP y 472 C.Co. Por ende, determinó que la demanda debía entenderse dirigida en contra de la sociedad Telemark Spain S.L. propietaria del establecimiento de comercio Telemark Spain S.L., Sucursal Colombia Zona Franca Especial Permanente.

***II. SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juez a-quo, luego de evacuadas las etapas procesales respectivas, emitió sentencia en la que declaró que el bono de asistencia percibido por la demandante durante la vigencia de la relación laboral habido con la sociedad demandada, fue constitutivo de salario, en razón a que era otorgado como contraprestación directa del servicio; razón por la que ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, así como el reajuste de los aportes al sistema pensional. Accedió igualmente al pago de la indemnización moratoria pretendida, al estimar que el empleador omitió intencionalmente incluir el referido bono de asistencia, y no acreditó razones atendibles para exonerarse. Condenó en costas a la parte vencida en juicio.

***III. RECURSO DE APELACIÓN:***

Ambas partes se alzaron contra la decisión. La parte actora se mostró inconforme con la forma en que el fallador de primer grado impuso la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 CST, pues a su juicio, los intereses moratorios a los que se accedió no compensan la afectación causada a la trabajadora por la desalarizacion del bono de asistencia, por lo que solicita se analice la interpretación de dicho precepto normativo.

Por su parte, la demandada pide que se revoque y se le absuelva de todas las pretensiones. Para el efecto, indicó que las partes pactaron la desalarización del bono de asistencia, por lo que no puede desconocerse que el mismo incentivaba la presencia de la trabajadora en las instalaciones de la empresa para desarrollar o no su labor, más no la relación directa con el ejercicio de la actividad principal para la cual fue contratada la actora.

De otra parte, sostuvo que su contraparte no desvirtuó la presunción de buena fe que pesaba a favor del demandado, máxime cuando el empleador actuó siempre con el pleno convencimiento de que el bono de asistencia no hacía parte del salario, y que cumplió con sus obligaciones laborales con su trabajadora, sin tener intención de causarle algún perjuicio.

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, para que presenten sus alegatos de conclusión. Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes:

***CONSIDERACIONES***

***Problemas jurídicos:***

*¿El bono de asistencia de $100.000, como estímulo por la sola asistencia de los laborantes al sitio de trabajo, es constitutivo de salario?*

*¿Dicho concepto era o no susceptible de que por acuerdo entre las partes se excluyera como factor para liquidar las prestaciones sociales?*

*¿Demostró la sociedad accionada la existencia de razones serias y atendibles para omitir tener en cuenta el bono para la liquidación de las prestaciones y vacaciones del demandante, a fin de exonerarse de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T?*

*¿Acertó o no el fallador de primer grado al establecer el pago de los intereses moratorios sobre la suma adeudada a cargo del empleador, a título de sanción moratoria?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 CST, modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, es salario todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte.

Salario, no es pues otra cosa, que el pago que se le hace al trabajador por el servicio que prestó y, está integrado, por todos aquellos pagos que busquen recompensar ese servicio de manera habitual. Así lo ha colegido la Sala de Casación Laboral en pacifica línea jurisprudencial, siendo pertinente citar un pronunciamiento:

*“Al respecto debe recordarse que se especifica como «salario básico u ordinario», el primero de los componentes del «salario», y lo conforman los pagos que efectúa el empleador al trabajador como contraprestación directa del servicio, sea variable o fija, en dinero o en especie, sin importar cualesquiera de los tipos de contingencia o circunstancia a que se haya visto sometido el trabajador, siempre que haya laborado en el respectivo período (el día, la semana, la quincena o el mes) según acuerdo entre las partes. (Sentencia SL4369 de 2015).*

A su turno, el artículo 128 ibídem establece que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales.

En el sub-lite, está fuera de toda discusión que la sociedad demandada le reconocía mensualmente a la trabajadora una bonificación o pago de la suma de $100.000, sin que se ofrezca reparo alguno entre los contendientes, en torno al monto y habitualidad del citado concepto. Ahora bien, la sociedad demandada alega que el mismo fue otorgado por mera liberalidad y que su naturaleza se dio no como contraprestación del servicio sino como una ayuda adicional para que la accionante pudiera desempeñar sus funciones y cubrir en algo, los gastos de desplazamiento. Así se indicó en la contestación de la demanda.

No obstante, otro panorama se ofrece al examinar las pruebas testimoniales vertidas en la actuación, las cuales permiten concluir que la verdadera finalidad de dicho bono de asistencia era premiar de manera exclusiva la asistencia diaria de la trabajadora a su sitio de trabajo. Así lo confesó la representante legal de la accionada, Yuly Patricia Suarez Arévalo en el interrogatorio que se le practicó, y además, lo ratificó la declarante Dalia Janeth Giraldo Pineda, quien fue citada a instancias de la demandada; ambas al manifestar que el referido bono era un beneficio que se otorgaba a los tele operadores, entre otros, simplemente por asistir a trabajar, indistintamente de si se lograban o no ventas.

De modo que, a la luz del artículo 127 CST, debe entenderse que el rubro se concedió como contraprestación directa del servicio, puesto que absurdo fuese que tal incentivo se hubiera reconocido para desestimular dicha asistencia, siendo que esta es un elemento integrante del contrato de trabajo, por cuanto, salvo excepcionales casos, entre ellos el tele trabajo, la asistencia a las instalaciones del empleado es un prerrequisito sine qua non, para que se pueda ofrecer la prestación personal del servicio a cargo del trabajador, pudiendo, incluso el empleador dar por terminado el nexo laboral si el trabajador no se presenta ante aquel a fin de prestar el servicio convenido.

De tal suerte, que al estimularse tal asistencia a las instalaciones de la empleadora a fin de que la trabajadora prestara el servicio de manera personal, con el reconocimiento adicional al salario mínimo, de una suma de $100.000, esta suma estaba destinada a retribuir directamente el servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se hubiere adoptado, tal cual lo prevé el comentado artículo 127 C.L.

Ahora bien, de lo dicho también se desprende que como integrante de la noción salarial, dicho rubro no podría dejarse a un lado como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales. Ello en la medida en que su pago habitual lo coloca al margen de cualquier consenso entre los contratantes con miras a excluirlo como tal, salvo que se trate de alguno de los que prescribe las voces finales del artículo 128 del C.L. de *“beneficios o auxilios ya sean habituales u ocasionales se acuerde convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador (…) expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”* .

De tal modo, que el incentivo por asistencia no obedece a ningún beneficio o auxilio de los acabados de aludir, sino que se trata de una bonificación habitual con las características del precepto 127 del C.L., en su calidad de salario como retributivo del servicio, excluida de la posibilidad de que en torno a la misma, las partes puedan arribar al consenso de excluirlo como factor salarial, pues iterase, no se enmarca dentro de la excepción de beneficios o auxilios que plantea el inciso final del artículo 128 ibídem, por ende tal bonificación habitual no puede ser al mismo tiempo, integrador del salario y no integrador de tal.

De allí que innecesario resulte dilucidar si existió o no consenso de exclusión como factor salarial, toda vez que cualquier acuerdo en que las partes le resten el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, se torna ineficaz, máxime que brilla por su ausencia en el plenario dicho asentimiento.

En cuanto a la indemnización moratoria a la que accedió el a-quo, vale puntualizar de la mano de la jurisprudencia consolidada del órgano de cierre de la especialidad laboral, que tal sanción no surge al mundo jurídico de manera automática ni inexorable, puesto que no basta con la contemplación objetiva de las acreencias laborales, sino que dentro de su análisis ha de contemplarse las razones subjetivas, serias, razonables y atendibles, que justifiquen el obrar omiso del obligado, sin que su simple afirmación de creer estar actuando conforme a derecho sea suficiente para exonerarse de su imposición.

En el caso puntual, la sociedad demandada argumentó en su defensa, que el mentado bono de asistencia tenía como finalidad, contribuir en los gastos de desplazamiento de la actora, afirmación que como se anunció precedentemente, quedó desvirtuada con los propios dichos de la representante legal y de la deponente escuchada en el curso del proceso, sin que se adujeran otras explicaciones que aunque equivocadas, permitieran denotar su buena fe, puesto que como ya se expuso, tal incentivo, se constituye como un prerrequisito ineludible, en orden a que sea posible que la trabajadora se ponga al servicio del empleador, y este pueda entonces beneficiarse de la labor, impartirle órdenes y reglamentos, llamarle la atención etc, por lo que se queda sin sustento que se quiera restar su incidencia salarial sin más, aun cuando está claro que es la obligación del trabajador de asistir al trabajo, la que tiene como finalidad la prestación del servicio, y consecuencialmente, su retribución directa a favor del empleador.

Por último, se considera que la forma en que la entidad demandada impuso restricciones al otorgamiento de dicho pago salarial, a tal punto de proveerlo únicamente a quienes no reportaban un sólo día de ausentismo en el mes a su lugar de trabajo, so pena de perderlo, encierra un comportamiento que no sólo lleva implícita la intención de perjudicar o causar daño al trabajador, sino que además, atenta contra el derecho a la igualdad del mismo, al impedir que se aduzcan razones justificativas de su inasistencia (incapacidad médica para laborar, calamidad doméstica, entre otras), que le permita aun en forma proporcional, gozar de dicha bonificación, por el tiempo efectivamente laborado en el mes.

Por ende, no se observa un argumento o razón suficiente para eximir a la demandada de la sanción moratoria, como quiera que ningún elemento probatorio se allegó para probar la presencia de una conducta consciente, aceptable y convincente.

Finalmente, solicita vocero judicial de la parte actora que se analice la interpretación del precepto que contempla dicha sanción moratoria, pues a su juicio, los intereses moratorios a los que accedió el a-quo, no compensan la afectación ocasionada a la trabajadora ante la desalarización del referido bono de asistencia.

Para resolver tal cuestionamiento, basta precisar que el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que le introdujo una modificación al artículo 65 CST, en su parágrafo 2º, consagró de manera expresa la exclusión para aquellos trabajadores que devenguen más de un salario mínimo legal mensual vigente, de gozar de la imposición de la indemnización moratoria que había sido originalmente concebida por el legislador, quedando entonces condicionada o limitada en el tiempo, dependiendo del momento en que se presentó la reclamación ante la justicia ordinaria.

Es así que, si el trabajador inició la acción judicial dentro de los 24 meses ulteriores a la finalización del vínculo laboral con el empleador, tendrá derecho a una suma igual al último salario diario por cada día de retardo durante esos primeros 24 meses, y a partir del día siguiente al vencimientos de estos, es decir, de la iniciación del mes 25, en caso de que la mora persista, habrá lugar al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que se verifique el pago total de los salarios o prestaciones sociales adeudados.

Al paso que, si la acción judicial se instaura con posterioridad a los 24 meses siguientes a la finalización del contrato de trabajo, el trabajador tendrá derecho únicamente al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Financiera, a partir del día siguiente a la terminación del vínculo laboral y hasta cuando se verifique el pago de los emolumentos antes referidos, pero no a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales.

Acorde con lo anterior, como quiera que en el sub-lite la demanda fue incoada el 1 de febrero de 2018 -ver fl.29 vto- es decir por fuera de los dos años siguientes a la terminación del contrato, y que la demandante sufragó ingresos mensuales que superan el salario mínimo legal vigente, únicamente le asiste a título de indemnización moratoria, a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, sobre las suma adeudada por concepto de prestaciones sociales, contados desde la terminación del contrato de trabajo y hasta el pago efectivo de la obligación, como lo adujo el sentenciador de primer grado.

Ahora bien, considera la Sala que el reproche del vocero judicial de la recurrente es inusitado, si se tiene en cuenta que desde la misma demanda, alegó que el bono de asistencia de $100.000 era factor salarial, lo que indiscutiblemente aumentaba el monto de la base salarial, siendo superior al salario mínimo legal mensual vigente, y ahora por una mera conveniencia, cambia su discurso, para indicar que la trabajadora devengó un valor que no estaba por encima del mínimo legal, en orden a que se liquide la indemnización moratoria, sin tener en cuenta la reforma introducida en el 2002, y sin parar mientes, de que entonces, todas las pretensiones de esta demanda, relativas a la reliquidación de sus prestaciones sociales y demás conceptos laborales, por la inclusión del bono de asistencia, carecerían de sustento alguno, por cuanto no cambiaría la base con la que fue liquidada por la demandada.

De suerte que, no se equivocó el sentenciador de primer grado al imponer tal condena, en la forma en que lo hizo, por lo que se confirmará íntegramente la sentencia.

Sin costas en esta instancia, dada la improsperidad de ambos recursos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

 **1**. **Confirmar** la sentencia dictada el 31 de octubre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

 **2**. Sin costas en esta instancia.

 Notificación surtida **EN ESTRADOS.**

***FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

*Magistrado Ponente*

***ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA***

 *Magistrada Magistrada*

 *Aclara voto*

Providencia: Sentencia del 1-08-2019

Radicación No: 66170-31-05-004-2018-0052-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Yuri Adriana Amaya Uribe

Demandado: Telemark Spain SL

Magistrado ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares

# ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respecto, se hace necesario aclarar mi voto, por cuanto si bien estoy de acuerdo con la decisión de confirmar la decisión al constituir salario la bonificación por asistencia, solo comparto uno de los argumentos, concretamente por retribuir ese pago la fuerza laboral del actor; siendo innecesario hacer mención a los eventos en que procede la desalarización de que trata el artículo 128 del CST por no acreditarse que existió ese pacto en este asunto.

Adicionalmente, no se comparte el entendido que le ha dado la sala mayoritaria al artículo 128 ib., que se dejó planteado en la decisión que aclaro, pues esta norma trae varios criterios para determinar que pagos no constituyen salario, y a título enunciativo los ejemplifica, dado que utiliza la expresión “como”, que en este caso significa adverbio de comparación. Criterio que también tiene la doctrina, recogida en el libro Cartilla del Trabajo 2016, Ignacio Cadavid Gómez y Eraclio Arenas Gallego, Editorial Universidad de Medellín, página 159.

En estos términos dejo sentado mi aclaración de voto.

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada